

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/10/2012

All'indirizzo <http://xn--leggedistabilit2013-kub.diritto.it/docs/34133-direito-sa-de-direito-subjetivo-concep-o-artificial-heterologa>

Autore: Rodrigo Dos Santos Ribeiro

## **Direito à saúde: direito subjetivo à concepção artificial heteróloga?**

# **DIREITO À SAÚDE: DIREITO SUBJETIVO À CONCEPÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA?**

**RODRIGO DOS SANTOS RIBEIRO** rodrigosanri@gmail.com

## **RESUMO**

O presente trabalho investigou os contornos que cercam o direito à saúde, analisando um ponto em específico: a possibilidade do indivíduo acionar o Poder Judiciário a fim de que o Estado custeie o procedimento da concepção artificial heteróloga, o qual consiste no uso da inseminação artificial para promover a fecundação por intermédio de material genético estranho ao casal interessado. Fez-se uma leitura jurisprudencial, legal e doutrinária a respeito do tema. Deduziu-se que o tema ainda é novo e controverso no contexto jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito a saúde. Concepção artificial heteróloga. Judicialização da saúde.

## **RESUMEN**

El presente trabajo pretendió investigar los contornos que cercan el derecho a la salud, analizando un punto en específico: la posibilidad del individuo accionar el Poder Judicial a fin de que el Estado custeie el procedimiento de la concepción artificial, que consiste en el uso de la inseminación artificial para promover la fecundación por intermedio de material genético extraño a la pareja interesada. Se hizo una lectura jurisprudencial, legal y doctrinaria a respecto del tema, siendo que se percibió que el tema aún es nuevo y controverso en el contexto jurídico brasileño.

**Palabras clave:** Dcerecho a la salud. Concepción artificial. Judicialización de la salud.

## **INTRODUÇÃO**

A judicialização da saúde ganhou destaque nos debates doutrinários e jurisprudenciais atuais. Isso porque, há um aumento significativo pela busca do Poder Judiciário na solução de tarefas que, a princípio, deveriam ser resolvidas por meios administrativos.

Tornou-se comum nos tribunais adentrar-se com processos para solicitar a transferência para uma UTI (Unidade de Tratamento Intensivo), fornecimento de medicamentos e tratamentos, além de outras situações que necessitem da tutela jurisdicional, frente a ineficiência da Administração.

Nesse contexto, alguns casos específicos chamam atenção, seja pela sua especificidade, seja pelas discussões que deles derivam. Dentre eles, pode-se citar a questão da possibilidade de se obrigar o Estado ao fornecimento do tratamento

denominado concepção artificial heteróloga. Discute-se, dessa forma, se realmente é possível que o Estado seja demandado para possibilitar esse tipo de tutela. Necessária, assim, a análise do conceito do direito à saúde e sua abrangência, de maneira a indicar o quanto é possível demandar sob o fundamento do direito à saúde.

## DO DIREITO À SAÚDE

Tendo em conta as diversas posições doutrinárias a respeito da caracterização dos direitos fundamentais e sua identificação, *mister* considerar que algumas delas têm dúvidas a respeito da inclusão nestes do direito à saúde, uma vez que não consta no rol do art.5º da Constituição Federal.

Nesse sentido, cabe discorrer sobre o tratamento dado ao tema por SARLET (2001), que indica a existência de duas espécies de direitos fundamentais, quais sejam: os materialmente fundamentais e os formalmente fundamentais.

No que diz respeito à fundamentalidade formal, possuem como características: a) sendo parte da Constituição escrita, encontram-se no ápice do ordenamento; b) existem limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (art.60 da Constituição Federal) (SARLET, 2001).

Dessa maneira, podem existir direitos que são materialmente, mas não formalmente fundamentais, assim como direitos que são formalmente fundamentais, mas não materialmente.

SARLET indica que apenas a característica formal de fundamentalidade não é suficiente para sua inclusão no rol desta designação de direitos, pois afirma que a análise do conteúdo destes é imprescindível.

Nesse sentido, cumpre indicar a lição de ALEXY:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), nem como os que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui

considerada a abertura material do catálogo). (ALEXY, 2011, p.77).

Depreende-se do exposto por ALEXY que este valoriza o aspecto do conteúdo para a caracterização da fundamentalidade do direito.

No contexto jurídico brasileiro, o art.5º, §2º da Constituição Federal é indicado para se promover a doutrina que valora, como ALEXY, o aspecto material, pois dispõe que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Portanto, mesmo que o direito à saúde esteja disperso pelo texto constitucional, e não incluído na previsão do art.5º, tendo em conta o valor que encerra, deve ser considerado um direito fundamental.

Além disso, o Brasil foi signatário de alguns tratados internacionais que reconheceram a fundamentalidade dos direitos sociais, como é o caso da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), Protocolo de Salvador (1988) e o Pacto de São José da Costa Rica (1969).

Demonstrado, assim, o seu caráter fundamental, cumpre discorrer sobre a sua particularidade consistente em tratar-se de um direito a prestações do Estado para com a população.

Diversamente de outros direitos, que exigem uma abstenção por parte do Estado, de forma a permitir que os particulares executem certas atividades ou não tenham sua esfera de direitos limitada, no caso do direito à saúde há a exigência de um Estado presente, que faça cumprir um fim insculpido na Constituição Federal.

Cumpre indicar que o direito à saúde faz parte da segunda dimensão dos direitos fundamentais, surgidos no século XIX, que se reportam à pessoa individual, quando se voltou os olhos para as classes menos favorecidas e se densificou o princípio da justiça social.

Sua implementação, ademais, causa mais problemas que os demais direitos fundamentais que se fundam em omissões do Estado. Isso porque engloba dispêndios

econômicos por parte do Estado, envolvendo alguns princípios colidentes, como o da reserva do possível, este sempre invocado pelos entes da federação no intuito de se desresponsabilizarem pela execução de uma política pública de saúde.

Cumpre indicar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça à respeito do confronto entre o direito à saúde e os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, cabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente. 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. "A realização dos Direitos

Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010). 7. Recurso Especial provido. (REsp 1068731/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 08/03/2012)

Percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado como uma maneira de dar uma justificativa à ineficiência do Estado na prestação da saúde. Afirmou, para além disso, que a realização dos direitos fundamentais não depende somente da política. Desse modo, o Poder Judiciário não estaria adentrando em uma esfera que não é sua, mas sim atuando de maneira a tornar efetivas as prescrições que garantem os direitos fundamentais.

Deste modo, pode-se dizer que não há duvidas no que diz respeito à natureza jurídica de direito fundamental do direito à saúde. O que causa certo desconforto é a delimitação do seu âmbito de alcance, pois a maneira como se pode encarar o tema influi no que concerne à possibilidade de invocação do Judiciário para garantir o referido direito.

Assim, verificar-se-á o conceito de direito à saúde conforme compreendido no âmbito doutrinário, jurisprudencial e legislativo.

No contexto constitucional brasileiro, o direito à saúde está referido no art.6º da Carta Política, quando se dispõe sobre os direitos sociais, além de outros dispositivos esparsos.

Para este estudo, a análise recai sobre o art.196 do texto constitucional, que assim dispõe: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Depreende-se deste dispositivo algumas características do direito à saúde. Nele se encontra a indicação de que para se garantir a saúde, deve-se reduzir o risco de doenças e outros agravos, além de sua promoção, proteção e recuperação.

Deste modo, e no contexto do presente trabalho, cumpre indagar se neste conceito está incluída a concepção artificial heteróloga, ou seja, a promoção da inseminação artificial, que consiste em uma técnica de reprodução humana sem ato sexual, através de material genético que não pertence ao casal interessado.

Pergunta-se, assim, se daquele conceito exposto no art.196 da Constituição Federal poder-se-ia fazer uma interpretação de modo que estaria abarcada a promoção da vida por meios artificiais.

Nessa discussão, pode-se transcender a diversas searas. Primeiro, dever-se-ia instigar qual a função do juiz no caso: a de interpretar criando o direito ou a de mero executor da lei, ao qual não é dado dizer ou instrumentalizar mais do que está descrito na lei? Segundo, o Judiciário estaria judicializando a questão ou se está diante de um típico caso de ativismo judicial prejudicial?

Humberto Ávila em sua obra “Teoria dos Princípios” (ÁVILA, 2008) afirma que a função do juiz não é de somente interpretar a norma, mas a de criar do direito a partir daquela disposição dada.

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos. Os dispositivos constituem o objeto da interpretação e as normas o seu resultado. Não existe correspondência entre norma e dispositivo. Há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes dêem suporte físico. (...)Dessa forma, a função do Direito não é a de mera descrição do significado. O intérprete constitui significados. (AVILA, 2008, p.30).

Continua dizendo que:

Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete

não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional (AVILA, 2008, p.35-6).

No âmbito da jurisprudência, cabe indicar o seguinte julgado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ART. 226 DA CF E LEI Nº 9.263/96. DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. TRATAMENTO. DIREITO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA. URGÊNCIA. INOCORRÊNCIA. I - A norma constitucional que cuida do planejamento familiar (art. 226, da CF), bem como a Lei nº 9.263/96, que o regula em nível infraconstitucional, determinam o respeito à liberdade de decisão do casal acerca da prole e, abarcados nessa seara, o dever estatal de propiciar recursos (educacionais e científicos) para o exercício desse direito, assim como, por consectário lógico, a vedação de qualquer mecanismo coercitivo por parte das instituições oficiais ou privadas que impeçam a implementação do planejamento familiar. II - Nessa esfera de respeito e garantia à liberdade de planejamento familiar assegurados constitucionalmente, que se insere o dever estatal (educacional e científico) previsto no tratamento normativo. Não se olvida que ao Estado incumbe, em seu papel solidarista e humanista, dispensar a assistência necessária ao exercício do direito de planejamento familiar, inserida nesse contexto a assistência à concepção e à contracepção. Tal dever de assistência, todavia, não inclui nem autoriza direito subjetivo constitucional à reprodução in vitro. III - Não se vislumbra imprescindibilidade à saúde da Autora do tratamento pleiteado (inseminação artificial), de forma a comprometer a sua integridade física, não obstante respeitar-se a louvável pretensão deduzida, a maternidade. (AC 200551010049583, Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER, TRF2 - SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::24/07/2007 - Página::595.)

O que se depreende dos estudos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do direito à saúde é que ele está muito ligado à garantia do direito à vida, no sentido de uma vida já existente, não de uma que irá ser reproduzida. Engloba, dessa forma, aspectos que garantam ao indivíduo mecanismos de promoção da qualidade de sua saúde, de sua integridade física.

Principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana) diretamente deduzido da constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça. (SARLET, 2001, p.303).

José Afonso da Silva (2006, p.308) quando trata do direito à saúde fala em um duplo aspecto: um de natureza negativa, consistente na abstenção por parte do Estado de qualquer atividade que prejudique a saúde do indivíduo e um de natureza positiva, “visando a prevenção das doenças e o tratamento delas” (2006, p.309).

Passando para a interpretação que se pode fazer do direito à saúde assegurado na Constituição brasileira, literalmente não há que se falar em um direito à concepção artificial. Segundo uma interpretação sistemática, ou seja, do ordenamento jurídico brasileiro em si, vê-se que as normas jurídicas que tratam deste direito estão em sintonia com a ideia de não interferência prejudicial por parte do Estado no direito à saúde da população e também relacionadas com a prevenção e tratamento de doenças, ou seja, à garantia da integridade física.

Tendo em conta, ainda, que o sistema jurídico brasileiro é considerado um sistema aberto a princípios, deve-se levá-los em consideração quando da construção da extensão do direito à saúde no Brasil. Esse sistema aberto teria como condão adequar as normas constitucionais à mudanças sociais ocorrentes na realidade histórica, de maneira que os dispositivos constitucionais estariam em constante construção.

Os processos judiciais ainda estão bem restritos a respeito desta matéria, de maneira que inclusive a visualização de posicionamentos jurisprudenciais restou-se difícil, porque não se encontrou muitas decisões sobre o assunto. Interessante seria que após o aumento do número de demandas, o Supremo Tribunal Federal se posicionasse, como determina o art.103-A da Constituição Federal, que fala na produção de súmulas vinculantes, as quais tem como “objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

Percebeu-se, também, que a doutrina ainda não se manifestou claramente. O conceito de direito à saúde está muito ligado a assegurar uma qualidade de vida no que tange à integridade física da pessoa e sua dignidade, envolvendo, conforme dito, um aspecto negativo, consistente na não interferência e um positivo no sentido de promover políticas públicas de saúde.

Desse modo, permitir que se interprete extensivamente o direito à saúde às pessoas que não podem ter filhos pelos meios convencionais traz um embate interessante. Será que o princípio da dignidade humana e da igualdade não seriam fundamentos para que isto seja possível? Isso porque, ser mãe e ser pai são também aspectos muito dignos em nossa sociedade, de modo que as pessoas que não conseguem essa condição podem se sentir inferiores, marginalizadas, produzindo um sentimento de insatisfação e desigualdade. No entanto, será que o Estado tem a obrigação de fazer com que isto seja possível? Será que o dinheiro arrecadado por todos e destinado à saúde pode ser utilizado para este fim?

Receia-se as implicações que tornar essa concepção possível podem provocar. O Estado não terá dispêndios apenas com o procedimento, pois se os pais não possuem condições de arcar com os custos do tratamento, com certeza também não o terão para custear as despesas hospitalares, escolares e as demais. No entanto, este não é um motivo que faça com que se negue o direito, porque conforme visto, a reserva do possível e limites orçamentários não podem ser usados como carta de alforria ao legislador.

Por fim, tendo em conta as discussões travadas, a abertura do sistema constitucional brasileiro e a função interpretativa do juiz, crê-se que é possível a concessão da concepção heteróloga a fim de se garantir a igualdade material e também para se preservar o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

## **CONCLUSÃO**

Tendo em conta que nos últimos tempos os debates sobre o direito à saúde e o papel do Poder Judiciário na sua efetivação ganhou destaque, o presente trabalho intentou discutir um dos aspectos desse direito fundamental, consistente no fato de que o direito à saúde abarcaria a possibilidade dos indivíduos conceberem artificialmente seus filhos, por meio da denominada concepção artificial heteróloga.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que não há ainda estudos aprofundados acerca do tema. A jurisprudência é escassa, assim como o conhecimento doutrinário. Da interpretação do disposto na Constituição não se pode, de imediato,

afirmar que há o direito subjetivo a que o Estado custeasse ou fornecesse o referido procedimento.

No entanto, dado o caráter criativo da função do juiz e pelo fato de o sistema jurídico brasileiro ser aberto, seria coerente com o princípio da dignidade da pessoa humana que se concluisse por indicar a possibilidade de consideração de um direito subjetivo a essa prestação.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8<sup>a</sup>ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26<sup>a</sup>ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2<sup>a</sup>ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.